

Responsabilidad del Estado por omisión

por Francisco Andrés Berzal¹

Sumario: 1.- Introducción. Planteo de la cuestión. 2.- Concepto. Requisitos. 3.- Marco Normativo. 4.- Presupuestos de la Responsabilidad. 4.1.- Daño. 4.2.- Antijuridicidad. 4.2.1. Omisión estatal vinculada con la actividad reglada y discrecional 4.3.- Relación de causalidad. 4.4.- Factor de atribución. 5.- Omisión estatal vinculada con la actividad administrativa, legislativa y judicial. 6.- Reflexiones finales. 7.- Bibliografía.

Resumen: Las funciones del Estado y los derechos de la ciudadanía son cada vez más amplios. Ello lleva a que se demande al Estado no sólo por sus acciones que provocan daños sino también por aquellas omisiones que provocan un menoscabo en el patrimonio de una persona. La tendencia actual pone de manifiesto que los problemas de la sociedad son cada vez más complejos y se espera del Estado respuestas a esas necesidades, por lo que este tema cobra mayor importancia y actualidad. Este trabajo busca indagar cuándo y en qué medida el Estado debe responder por los daños provocados por sus conductas omisivas.

Abstract: The functions of the State and the rights of the citizens are increasingly broad. This leads to the State being sued not only for its actions that cause damage but also for those omissions that cause an impairment to a person's assets. The current trend shows that society's problems are increasingly complex and responses to these needs are expected from the State, which is why this issue becomes more important and topical. This work seeks to investigate when and to what extent the State must respond for the damages caused by its omissions.

1.- Introducción. Planteo de la cuestión

A lo largo de la historia, hemos visto cómo los alcances y las características de la responsabilidad extracontractual del Estado han ido variando y evolucionando, pasando de un sistema de total irresponsabilidad a uno en donde el Estado debe responder por los daños que ocasiona. No quedaban

¹Abogado (UNC).
Maestrando en Derecho
Administrativo (UNC).
Adscripto de Derecho
Privado VII (Derecho de
Daños) y Derecho Público
Provincial y Municipal (UNC)

Palabras Clave

Daños - Derecho de Daños
- Responsabilidad del
Estado - Omisión -
Responsabilidad del Estado
por omisión -
Responsabilidad Civil

Key Words

Damages - Tort Law -
Liability of the State -
Omission - Liability of the
State for omission - Civil
Liability

dudas de que el Estado debía responder por sus conductas activas dañosas. Sin embargo, en los últimos tiempos ha incrementado el protagonismo de aquellos perjuicios provocados por el Estado, ya no por sus conductas activas sino por sus omisiones.

Esto responde, según nuestra opinión, a dos factores que se complementan entre sí: el aumento progresivo de las funciones a cargo del Estado y la responsabilidad asumida en pos de la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía. La ampliación de derechos sociales, tanto a nivel constitucional como convencional, y la incorporación de diversos instrumentos jurídicos de derechos humanos a nuestro plexo normativo han provocado que la ciudadanía pueda demandar a la administración pública por los daños causados por su inactividad.

Señala Cassagne (citado en Pizarro-Vallespinos) que buena parte de los daños que experimenta el hombre de nuestro tiempo suelen ser atribuidos “a omisiones de los gobernantes encargados de velar para que todos los ciudadanos puedan disfrutar las mejores condiciones de vida, protegiendo su seguridad, salud, propiedad y libertad de locomoción, entre otros derechos y valores individuales y colectivos”.

No quedan dudas de que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños que provoca a partir de sus conductas activas. Ahora bien, cuando se plantea la responsabilidad estatal por omisión ingresamos en un terreno mucho más amplio que requiere una cuidadosa modulación. En este sentido, es necesario evitar que, por un lado, el Estado se convierta en una suerte de asegurador de los riesgos que todo ciudadano corre por el hecho de vivir en comunidad y, por otro, permitirle que se desentienda, por vía omisiva, del cumplimiento de los deberes que pesan sobre él (Pizarro-Vallespinos, 2020). Cabe preguntarse entonces ¿hasta dónde debe responder el Estado?, ¿cuándo debe hacerlo?, ¿el Estado debe responder ante cualquier omisión?, ¿debe existir una obligación expresa o alcanza con una obligación genérica y difusa?

La responsabilidad civil por omisión constituye un capítulo complejo dentro de la temática general, debido a las particularidades que presenta y al escaso desarrollo de la doctrina iusprivatista sobre la temática, comúnmente más concentrada en el estudio de las conductas activas de las personas como fuente del daño (Ramos Martínez, 2019).

A estas dificultades debemos agregarle la inexistencia de criterios uniformes que permitan determinar la procedencia de la responsabilidad estatal derivada de su inactividad. Así, fue la labor pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que asumió desde el principio una tarea central en el abordaje de esta problemática.

Al respecto, señala Ramos Martínez (2019) que “esta orfandad inicial debe atribuirse a la falta de regulación normativa específica y al nacimiento y posterior desarrollo pretoriano de los lineamientos de la responsabilidad del Estado en la República Argentina, de lo que ha resultado la creación de criterios y pautas poco claros ligados a la casuística”. La sanción de la ley 26.944 -como veremos más adelante-, más allá de receptar la cuestión de la responsabilidad del Estado por omisión, lejos está de haber traído claridad o, al menos, de cerrar el debate en torno a ella.

Se trata, sin dudas, de una temática que se encuentra atravesada por una serie de aristas que la vuelven compleja por involucrar en su análisis un juicio valorativo acerca del rol del Estado y su relación con la ciudadanía.

Sin ignorar estas dificultades, en el presente trabajo intentaremos abordar algunos de estos interrogantes y las principales características de esta especie de Responsabilidad del Estado, en consideración a su creciente importancia y protagonismo en el ámbito jurídico y social.

2.- Concepto. Requisitos

Como hemos señalado, el tema de la responsabilidad del Estado por omisión es una cuestión por demás compleja y que, hasta el momento, no encuentra una delimitación clara y precisa de sus contornos ni un tratamiento uniforme en la jurisprudencia.

A modo de aproximarnos a su conceptualización, citaremos a Comadira (2017), quien señala que la responsabilidad por omisión en el ámbito del derecho administrativo se configura “cuando un poder público, en ejercicio de alguna de las funciones estatales, omite la realización en forma total o adecuada de la conducta a la que se encontraba obligado y ésta era determinante para impedir el daño producido, siendo fácticamente posible su realización en las condiciones debidas”.

En igual sentido, Canda (2016) afirma que “existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omite antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño en definitiva sucedido”.

En resumen, los requisitos que configuran la responsabilidad estatal por omisión son: a) el daño; b) la relación de causalidad; c) la antijuridicidad de la omisión; d) un poder público en ejercicio de alguna de las funciones del Estado; e) omisión en forma total o adecuada de la conducta debida; f) posibilidad fáctica de haber cumplido con la conducta debida.

Por su parte, Cuadros (2018) expresa que “la omisión dañosa que autoriza a imputar daños al Estado puede provenir del incumplimiento formal o material de deberes normativos contenidos en principios o reglas constitucionales, legales o reglamentarias, por parte de funcionarios de cualquiera de los poderes constituidos, pudiendo consistir la condena, en caso de verificarse los extremos de la responsabilidad, en el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero - indemnización-, o en una obligación de hacer que puede resultar comprensiva de la ejecución de una tarea material o de un cumplimiento formal, tal como el dictado una norma legal o reglamentaria”.

A su vez, dentro de la noción de omisión, debemos distinguir entre la omisión simple y la comisión por omisión. Según explica Goldenberg (citado en Cuadros), “en la omisión propia o simple media el incumplimiento de un deber normativo -por ejemplo, no concurrir a prestar declaración-, en tanto que en la omisión impropia o comisión por omisión, la omisión importa un efectivo acto de comisión -por ejemplo, el caso del médico que con el fin de causar la muerte a su paciente no conecta su pulmón-”.

En función de lo expuesto, podemos observar que en los supuestos de omisión impropia y omisión simple, si bien se vinculan por la violación de un mandato, la fuente del deber de actuación es diferente. En el supuesto de la omisión impropia se requiere un doble mandato normativo; por un lado, la norma prohibitiva -por ejemplo, prohibido matar o causar lesiones- que señala el bien jurídicamente tutelado y, por otra parte, una obligación de actuar positivamente que impone un mandato que coloca al sujeto en posición de garante. En cambio, en los supuestos de omisión

simple, se toma como referencia una sola norma prescriptiva u ordenadora (Ramos Martínez, 2019).

Finalmente, siguiendo a Balbín (2020), corresponde comentar que la omisión estatal más común es el incumplimiento de las normas, distinguiéndose entre deberes estatales específicos e inespecíficos (omisiones de hacer), cuestión que será abordada en profundidad más adelante. A su vez, el Estado puede omitir el dictado de ciertas regulaciones (omisiones regulatorias) y, en su caso, omitir controlar el cumplimiento de regulaciones existentes (omisión en el control), es decir, el incumplimiento de normas por parte de terceros y no por el propio Estado, que en este caso debía controlar.

De igual manera, Cuadros (2018) también alude a los ámbitos en los cuales se genera responsabilidad estatal por omisión. Así, plantea que son: a) la policía de seguridad; b) omisiones en la señalización, custodia o mantenimiento de cosas de propiedad estatal; y, c) el control de actividades reguladas (por ejemplo: bancos, compañías de seguros, concesionarias de obras y servicios, etc.).

3.- Marco Normativo

Hasta la sanción de la ley 26.944, que reguló la responsabilidad del Estado a nivel nacional, no encontrábamos una normativa específica en el derecho administrativo que regulara la responsabilidad del Estado por omisión. Por ello, se debía acudir de manera supletoria al Código Civil por analogía, según algunos, o por aplicación directa e integrativa, según la opinión de otros. En el caso del código anterior, se debía acudir a los artículos 1074 y 1112, en tanto que se acude a los artículos 1710, 1717 y 1749 en el nuevo Código Civil y Comercial.

Lo cierto es que, más allá de la sanción de la ley 26.944, subsiste la necesidad de acudir por vía de analogía al Código Civil y Comercial. Esto es así ya que esta normativa se aplica exclusivamente a la responsabilidad del Estado nacional y a aquellas provincias que adhieran a la misma².

En esta orientación, también debemos acudir al Código Civil y Comercial si nos referimos a la función preventiva del derecho de daños, cuestión no abordada por la ley 26.944. Al respecto, el artículo 1711 prescribe que “la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (...)”. Estamos frente a una de las grandes omisiones -valga la redundancia- de la ley 26.944, quedando clara la necesidad de remitirnos al Código Civil y Comercial también en este aspecto.

Finalmente, la responsabilidad del Estado nacional por falta de servicio consistente en una omisión irregular ha sido regulada en el artículo 3, inciso d, de la ley 26.944. Se configura sólo “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”, por lo que *a priori* podemos calificarla como excesivamente restrictiva. Como abordaremos más adelante, la solución adoptada entra en pugna con criterios más flexibles que ha formulado la Corte Suprema a partir del fallo “Mosca”³.

² Art. 11, Ley 26.944.

³ Fallo CSJN “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios” (2007)

4.- Presupuestos de la Responsabilidad

Para que se configure la procedencia de esta especie de reparación, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

4.1. Daño

Es evidente que para que la reparación tenga lugar, la omisión estatal debe haber ocasionado un daño. A modo de aproximación, podemos afirmar que el daño, en el marco del estudio de la responsabilidad civil, alude a un perjuicio, menoscabo o detrimento, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

En cuanto a los requisitos del daño, la doctrina mayoritaria afirma que existe cierto consenso en relación a que la certeza y el carácter personal constituyen elementos del daño. Ahora bien, las posiciones se dividen más a la hora de discutir si debe verificarse la afectación de un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple (Ramos Martínez, 2019).

Ante la ausencia de definición de este presupuesto en la ley 26.944, debemos remitirnos a la conceptualización desarrollada por el Código Civil y Comercial, que establece que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”⁴.

Por su parte, la ley 26.944 exige en su art. 3, inc. a) la concurrencia en el caso concreto de un “daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero”. En resumen, vemos que la ley omite definir al daño como requisito de la responsabilidad del Estado, pero menciona la necesidad de certeza y que sea “mensurable en dinero”.

En conclusión, entendemos que el abordaje por parte de la ley es bastante pobre dado que no menciona expresamente al daño material y moral ni se aclara si el concepto de daño debe ser tomado en sentido amplio o sólo acotado al daño resarcible. Naturalmente estos inconvenientes de la ley 26.944 no sólo afectan los supuestos por omisión sino también a todo el sistema de responsabilidad estatal.

4.2. Antijuridicidad

Éste es uno de los requisitos o presupuestos más importantes, o que mayor discusión han generado y generan tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La definición del alcance de la antijuridicidad es un aspecto clave cuando analizamos el subtipo de la responsabilidad del Estado por omisión.

En general, la doctrina se ha inclinado por sostener que la omisión estatal debe ser contraria al ordenamiento jurídico, salvo algunas posiciones, como la de Comadira (2012), que admiten o se posicionan a favor de la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión lícita. Sentado ello, el debate ha girado en torno a determinar cómo se configura la antijuridicidad de la omisión. ¿Debe existir una norma que obligue al Estado a actuar?, ¿el mandato normativo debe ser específico o alcanza con deberes normativos genéricos?, ¿cómo debe ser esa norma?

Antes de adentrarnos a indagar sobre estos interrogantes, es conveniente mencionar que cuando hablamos del presupuesto o requisito de lo antijurídico, presupone una conducta contraria al orden jurídico. Hoy, en el derecho de daños en el ámbito civil se ha superado la distinción entre antijuridicidad formal y material a

⁴ Art. 1737.

partir de lo establecido en el artículo 1717 del Código Civil y Comercial, equiparando a las acciones y las omisiones. Por el contrario, cuando nos adentramos a la responsabilidad del Estado, observamos que esta cuestión no está tan clara. En consecuencia, vemos que este debate entre lo formal y lo material ha sido saldado en el ámbito civil pero no así en este ámbito de la responsabilidad estatal. Estas cuestiones e interrogantes que nos fuimos planteando, han generado diversas posturas:

Por un lado, se posicionan quienes entienden que el Estado debe responder únicamente cuando exista una disposición expresa que le obligue al Estado a actuar y éste omita hacerlo. Esta es la postura que sigue la ley 26.944 al prescribir que “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”⁵. En otras palabras, no sólo impone el requisito para las omisiones de una antijuridicidad formal sino que la asimila a la tipicidad penal, es decir, solo es posible reprochar ausencias de acción por parte del Estado cuando éste haya incumplido un mandato contenido expresa y detalladamente en una norma. En este sentido, los mandatos genéricos no tendrían relevancia a la luz de esta normativa.

Desde el otro punto de vista, se plantea que para que se configure la responsabilidad estatal no resulta necesario que exista una obligación o deber formal impuesto por la ley. De acuerdo a esta postura, el deber de actuación del Estado puede tener base en el ordenamiento jurídico integralmente considerado, incluyéndose la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los reglamentos y aún los principios generales del Derecho.

Embarcados en esta posición, autores como Pizarro-Vallespinos (2020) plantean que se “ha reducido arbitrariamente la antijuridicidad a la ilegalidad (omisión contraria a un mandato normativo expreso)” y califican la solución establecida por la ley 26.944 como “regresiva” y “claramente inconstitucional”.

Desde nuestra opinión, en primer lugar, creemos que no es posible establecer un sistema de tipicidad porque la dinámica de los daños que se producen, es decir el patrón de conductas u omisiones que causan daños, no admite una categoría previa de posibles vulneraciones. Las conductas u omisiones dañosas, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, no son pasibles de condensarse en mandatos o prohibiciones expresas. La mutación en la capacidad de dañar exige un dinamismo permanente que no sería compatible con la imposición de deberes expresos, detallados y determinados previamente.

Esta antijuridicidad que pretende ser formal para las omisiones se revela, a nuestro criterio, como inconstitucional a la luz del principio *alterum non laedere*. La exigencia de tipicidad o de un sistema de antijuridicidad formal choca contra los principios establecidos en nuestra Constitución Nacional, donde lo antijurídico -en esta materia- se configura con la producción del daño y la inexistencia de una causal de justificación.

Desde esta perspectiva, la configuración de la omisión está relacionada con mandatos de naturaleza jurídica y no estrictamente normativos. De allí que la conducta o abstención estatal pueda cuestionarse a partir de deberes de actuación cuyo origen excede el plano puramente legal o formal, para hallar su génesis en el ordenamiento integralmente considerado (Ramos Martínez, 2019).

⁵ Art. 3, inc. d in fine, Ley 26.944.

En este orden de ideas, resulta necesario considerar los derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y supraconstitucional que aseguren una tutela efectiva y su operatividad. Al respecto, afirma Massimino (2013), acertadamente, que “la incorporación de los tratados de derechos humanos importa, en realidad, una nueva regla de reconocimiento del derecho en nuestro ordenamiento, la que se traduce en reconocer la dignidad de la persona como principio del derecho público”. Al mismo tiempo, sería impensado contemplar decisorios de nuestro máximo Tribunal como el dictado en autos “Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”⁶. Allí, la Corte Suprema expresó que “la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad” (considerando 10). En conclusión, la aplicación de un sistema típico de antijuridicidad no resulta lógico ni prudente.

Ahora bien, creemos que debe establecerse un sistema equilibrado y sensato fundado en la razonabilidad. Así, por ejemplo, tal como plantea Sesin (2009) “en materia de seguridad, el Estado no puede garantizar la presencia de un policía en cada cuadra para prevenir el delito, pero sí, dentro de razonables lapsos, puede acudir al llamado de urgencia para generar seguridad particular”.

En esta orientación, estimamos correcto rescatar la función interpretativa del juzgador ya que deberemos ponderar en el caso concreto, con los lentes del principio de razonabilidad, la ilegitimidad de las abstenciones estatales que resulten de la vulneración del plexo normativo y constitucional, en función de las circunstancias del caso.

4.2.1. Omisión estatal vinculada con la actividad reglada y discrecional

Íntimamente relacionado con la temática abordada, se encuentra el interrogante sobre la incidencia de las facultades regladas y discrecionales de la Administración pública en la configuración de la conducta omisiva.

Al complejo panorama examinado en torno a la definición de los alcances del deber normativo o jurídico, específico o genérico, como presupuesto necesario de la conducta omisiva del Estado, se le suma la necesidad de armonizar lo ya analizado con los supuestos en los que la Administración goza de una cierta autonomía para tomar decisiones, ajena al control judicial.

En principio, la omisión de cumplir un deber normativo reglado es susceptible de generar responsabilidad. Esto no sucede, *prima facie*, a la hora de ejercer por parte de la Administración aquellas facultades discrecionales, pues éstas implican la posibilidad de actuar en uno u otro sentido (Sesin, 2009). Cabe preguntarnos, entonces, ¿es posible endilgar responsabilidad al Estado cuando el daño proviene del incumplimiento de un mandato que podía o no ser cumplido?

La respuesta a este interrogante dependerá de la visión que se tenga sobre el concepto de discrecionalidad. Si se entiende que existe una libertad absoluta por parte del Estado para decidir entre dos o más alternativas, ajenas a parámetros objetivos, no hay dudas de que el control judicial será nulo. En cambio, si se visualiza a la discrecionalidad como un ámbito de cierta autonomía que no admite cualquier decisión arbitraria o caprichosa, sino que, por el contrario, debe respetar el orden jurídico, será viable el control judicial.

⁶ Fallo CSJN “Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo” (2012).

Lo que sí es controlable, tal como señala Sesin (2009), es “el ejercicio abusivo o antijurídico de lo discrecional, en cuyo supuesto es posible sustentar la responsabilidad estatal”. En consecuencia, observamos que no hay una libertad absoluta en tanto puede el Estado ser objeto de control y posible responsabilidad estatal, a partir de un ejercicio abusivo de la facultad discrecional.

4.3. Relación de causalidad

Asimismo, para que proceda la responsabilidad estatal debe existir una vinculación causal entre el daño causado y la inactividad u omisión del Estado. Al respecto, la ley 26.944 establece que debe haber una “relación de causalidad adecuada entre la (actividad) o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”⁷.

Como puede apreciarse, se mantiene el requisito de la causalidad para la procedencia del deber de resarcir, inclinándose por la teoría de la causalidad adecuada para establecer un criterio de identificación del nexo causal. Del artículo bajo análisis se desprende que el legislador ha asimilado los efectos de la causalidad para los supuestos de acción y omisión, lo que disipa ciertos interrogantes en torno a este tema para los supuestos de responsabilidad del Estado por omisión.

Sin embargo, es menester señalar que la Corte Suprema no ha seguido un criterio uniforme en relación a este tema. En algunos casos ha requerido la existencia de un vínculo directo entre la abstención estatal y el daño, pero en otros precedentes ha seguido la teoría de la causalidad adecuada.

En el fallo “Mosca”⁸, uno de los precedentes más ricos en la construcción jurisprudencial de la Corte en los últimos años, se hizo referencia a este tema al referirse a la responsabilidad del Club Atlético Lanús. Allí, el máximo Tribunal expresó que “nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas (arts. 901 a 906 del Código Civil) y, por lo tanto, la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable, si se ha demostrado claramente esa probabilidad. Tal “curso normal y ordinario” está suficientemente demostrado. En efecto, el origen de los daños fue una lluvia de objetos que provino desde el Club Atlético Lanús”.

De igual manera, tal como venimos analizando en el presente trabajo, debemos tener en cuenta que la causalidad, en los supuestos de omisión, está íntimamente vinculada con la concepción de conducta que se considere. Así, si partimos de un concepto de omisión que comprenda deberes morales o de solidaridad como elementos válidos para la generación de conductas esperadas y, por lo tanto, pasibles de reproche, no puede luego aludirse a un sistema de causalidad jurídico. De igual forma, quien plantea el carácter normativo en sentido estricto de la omisión no puede luego pretender justificar el vínculo con el resultado lesivo a partir de la realidad material, sino que debe acudir a la norma que determina la imputación de autoría (Ramos Martínez, 2019).

Recapitulando, coincidimos con Sesin (2009) cuando señala que “el Estado debe ser el autor del acto lesivo, salvo que esté obligado a impedir el daño”. Así lo ha sostenido la Corte Suprema, por ejemplo, en la causa “Ruíz”⁹ sobre responsabilidad vial por animales sueltos en la ruta, al afirmar que “el ejercicio del poder de policía de

⁷ Art. 3, inc. c, Ley 26.944.

⁸ Fallo CSJN “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios” (2007)

⁹ Fallo CSJN “Ruiz, Mirtha Edith y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (1989).

seguridad que corresponde al estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”.

Ahora bien, distinto sería si existiese una norma expresa que, aún sin la intervención directa del Estado, dispusiera la responsabilidad estatal. Se podría configurar este supuesto si, a la hora de otorgar la concesión el Estado, hubiese incluido en los pliegos la obligación de garantizar que la ruta esté libre de animales u obstáculos.

En otros supuestos, el nexo causal se ha visto interrumpido cuando la responsabilidad recae en un tercero por quien el Estado no debe responder. Este sería el caso, que también ha sido receptado jurisprudencialmente, que se manifieste que los animales sueltos en la ruta no son propiedad del Estado, razón por la cual no se configura la obligación de responder. En igual sentido, también se interrumpe el nexo causal, por ejemplo, por razones de fuerza mayor o culpa de la víctima.

Consecuentemente, cuando, atento a la complejidad de la cuestión, no pueda ser atribuida responsabilidad a un sujeto determinado, es viable que con la prudencia necesaria se extienda la responsabilidad a todos los que tuvieron una cuota parte de responsabilidad, que se distribuirá proporcionalmente entre los verdaderos responsables (Sesin, 2009).

4.4. Factor de atribución

Producido el daño, es necesario indagar sobre el motivo por el cual puede imputarse responsabilidad al Estado por omisión. La ley 26.944 establece que el factor de atribución para justificar la imputación de las consecuencias dañosas no es otro que la falta de servicio. Este cuerpo normativo la define como “una actuación u omisión irregular de parte del Estado”¹⁰. En igual sentido se han expresado autores como Sesin (2009) al señalar que “la omisión obedece al funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto del órgano administrativo responsable”, configurándose de esta forma la falta de servicio.

La noción de falta de servicio se edifica poniendo la mira en la Administración pública y en el incumplimiento por parte de ella de las normas que prescriben cómo debe ser organizada y cómo debe funcionar. Por ende, se configura la falta de servicio que compromete la responsabilidad estatal cuando un servicio no funciona, o cuando funciona mal o tardíamente (Pizarro-Vallespinos, 2020).

Por tal razón, quien pretenda ser indemnizado, tiene que decir cuál era el servicio que correspondía ser prestado por el Estado y probar que éste no funcionó, o que funcionó mal o tardíamente. En otras palabras, tiene que alegar y probar en qué consistió la defectuosa, irregular o anómala prestación o funcionamiento del servicio.

En cualquier caso, deben ponderarse las dificultades que impidieron el cumplimiento de la actividad administrativa debida, las circunstancias de lugar y tiempo, como así también los recursos personales y materiales que tenía la Administración para asegurar el cumplimiento de la obligación normativa.

¹⁰ Art. 3, inc. d, Ley 26.944.

Al respecto, la Corte Suprema expresó con claridad en la causa “Friar”¹¹ que “para considerar que el Estado Nacional o sus organismos o entidades son responsables por “falta de servicio”, no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama” (considerando 6).

Ahora bien, como hemos señalado oportunamente, la exigencia de un mandato normativo previo y determinado a los efectos de imputar la irregularidad de la omisión estatal trae sus dificultades. Creemos que debe elevarse el análisis por encima de esta lectura rígida, ya que se impone la necesidad de articular el sistema de antijuridicidad formal con las disposiciones constitucionales y la oportuna protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Ante esta mirada más amplia, podríamos afirmar que cuando el servicio no se presta o se presta de manera deficiente o tardía, se incurre en definitiva en una omisión conforme a criterios propios de una antijuridicidad material y no puramente formal. Si pensamos en el supuesto en el que el Registro de la Propiedad olvida anotar el levantamiento de un embargo, claramente se constituye un supuesto de omisión, siendo el factor de atribución la falta de servicio. Ahora bien, si en vez de olvidar la anotación de un levantamiento de embargo, sólo lo hace de manera incorrecta, estamos frente a una conducta antijurídica producida por un comportamiento positivo, no una abstención. No obstante, no cabe duda de que el factor de atribución es la falta de servicio, que queda configurada por el apartamiento de un estándar de actuación positivo. En el primer caso, estamos frente a una omisión; en el segundo, frente a una acción errónea. En conclusión, podemos afirmar que la falta de servicio importa una omisión en sentido amplio por apartamiento de la conducta esperable. Desde otro ángulo de análisis, cabe preguntarnos si es posible la fundamentación de la responsabilidad estatal por omisión en otros factores de atribución como el riesgo o vicio de la cosa. Al respecto, percibimos que es un tema por demás amplio, opinable y que contiene diferentes posiciones.

A partir de la sanción de la ley 26.944, se advierte con claridad que el riesgo creado ha sido excluido como factor de atribución en la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad o inactividad irregular.

Sin embargo, es pertinente aclarar que la Corte Suprema sí ha aceptado como factor de atribución también al vicio en el fallo “Bullorini”¹² y al riesgo en “Pose”¹³.

5.- Omisión estatal vinculada con la actividad administrativa, legislativa y judicial

La responsabilidad del Estado por omisión se extiende a todo órgano estatal o privado en ejercicio de la función administrativa. Por esta razón, es aplicable cuando el Poder Legislativo y el Poder Judicial ejercen la función administrativa.

En este sentido, compartimos el criterio de Sesin (2009) que sostiene que “sólo debe exceptuarse la actividad del juez cuando resuelve una controversia, esto es, la actividad absolutamente judicial como la estrictamente legislativa en el procedimiento de formación y sanción de las leyes”.

¹¹ Fallo CSJN “Friar S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y S.E.N.A.S.A. s/ daños y perjuicios (ordinario)” (2006)

¹² Fallo CSJN “Bullorini, Jorge Alberto y otro c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios (accidente de tránsito)” (1994).

¹³ Fallo CSJN “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios” (1992).

Sin embargo, en el ámbito del Poder Judicial, la responsabilidad por omisión no sólo es susceptible de ser aplicada con motivo del ejercicio de función administrativa, sino que también en ciertas actividades administrativas que se encuentran vinculadas con lo jurisdiccional. Así, por ejemplo, la Corte Suprema condenó al Estado en el fallo “De Gandia”¹⁴ por una omisión jurisdiccional o, más precisamente, administrativa-jurisdiccional.

El caso versó sobre una abogada que fue detenida en el paso fronterizo camino a Uruguay ya que su vehículo tenía un pedido de secuestro. El Poder Judicial incurrió en una falta de servicio al omitir comunicar el levantamiento de secuestro ya que el auto, en su momento, había sido robado, luego encontrado y devuelto a la propietaria-actora.

En este fallo, el máximo Tribunal ratificó el criterio de que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento o su irregular ejecución” (considerando 4).

6.- Reflexiones finales

En primer lugar, admitimos que la sanción de la ley 26.944, más allá de todas las críticas que se le pueda realizar, trajo claridad normativa en cuanto a la exigencia de un “deber normativo de actuación expreso y determinado”, tras largos debates en torno a este tema.

Sin embargo, es necesario considerar que su ponderación no puede estar sujeta a parámetros rigurosamente formales. De lo contrario, tal como señalan Pizarro-Vallespinos (2020), “bastaría con no reglamentar la actividad estatal, o hacerlo de manera muy vaga y genérica, para enervar la existencia de una norma que imponga actuar en sentido específico”.

En este sentido, la normativa constitucional y convencional, así como los principios y fines del Estado de Derecho, imponen la obligación de legislar cuando corresponda hacerlo y de establecer deberes específicos, cuando éstos resulten indispensables para el cumplimiento de los fines y las funciones del Estado.

En todo caso, habrá que ponderar, a la luz de los estándares fijados por la Corte en el caso “Mosca”¹⁵, la responsabilidad que puede recaer sobre el Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados, con criterio estricto, valorando los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.

Desde nuestra posición, tal como lo hemos planteado, deberá analizarse las circunstancias particulares del caso y ponderarse todo el ordenamiento jurídico integralmente considerado. Se deberá apreciar los medios razonables para el cumplimiento del servicio, el lazo que une el damnificado con este último, el grado de previsibilidad y evitabilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas, y los medios que se dispone.

Consecuentemente, tal como lo establece el Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial, se obliga al intérprete a ponderar no sólo las palabras formales de la ley, sino también sus finalidades, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento nacional y supranacional, a la luz del principio de buena fe y el ejercicio regular de los derechos.

¹⁴ Fallo CSJN “De Gandia, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral” (1995).

¹⁵ Fallos CSJN “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios” (2007).

Sin embargo, al mismo tiempo, debemos ser cuidadosos ya que la capacidad de omitir por parte del Estado podría ser infinita. Por ello, simultáneamente, debemos establecer algunos criterios de delimitación o modulación que nos permitan construir un sistema de responsabilidad estatal razonable.

En esta línea de razonamiento, se han ido creando criterios de acotamiento que permiten definir pautas de atribución de responsabilidad del Estado sin caer en la mera violación al principio *alterum non laedere*. En resumen, Cuadros (2018) los ha sistematizado de la siguiente manera: por un lado, criterios de delimitación subjetiva que operan sobre el factor de atribución, planteado por el juez Hutchinson en el caso “Sykes”¹⁶; por otro lado, criterios que procuran acotar por vía del nexos causal, como se planteó en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza “Torres”¹⁷; y, por último, aquellos criterios que distinguen entre deberes normativos genéricos y específicos, cuestión que fue abordada en profundidad en el fallo “Viceconte”¹⁸.

En definitiva, lo que se discute es cómo ponderamos la actividad o inactividad estatal, sobre todo la ejercida por el Poder Ejecutivo a través del poder de policía, dada su amplitud y complejidad. Esta capacidad de control y de ordenamiento del Estado es sumamente amplia, por lo que es necesario delimitar sin vulnerar el interés de la víctima. Por ello, es necesario segmentar la apreciación de las actividades ya que no tiene la misma incidencia el poder de policía sobre rutas o sobre seguridad en la vía pública que el poder de policía en salud, porque la dinámica en la práctica es diferente.

Es evidente que no es el mismo grado de responsabilidad que tiene el ANMAT como organismo de control de medicamentos que el que tiene la policía de seguridad en la vía pública, que debe controlar que no se comenten delitos y proteger a la ciudadanía, por ejemplo, en un parque abierto y vasto. Ahora bien, distinto sería el supuesto del deber de seguridad en un espectáculo público organizado por el propio Estado. Estas diferencias son las que nos exigen que debemos valorar la antijuridicidad en materia de poder de policía de manera casuística ordenando así las circunstancias y sobre todo la naturaleza de esa actividad.

Como conclusión, podemos afirmar que es necesario valorar estos elementos de una manera equilibrada y sensata con fundamento en el principio de la razonabilidad que establezca estándares medios o promedio del servicio que permitan valorar si el funcionamiento de los órganos estatales ha sido anormal, defectuoso o irregular, lo cual, desde ya aclaramos, es difícil de calcular en la práctica. Al respecto sostiene Cuadros (2018) que “la jurisprudencia registra casos en los cuales el núcleo de relevancia del ilícito omisivo no resulta de la especificidad del deber normativo incumplido sino de las particularidades fácticas que, a modo de circunstancias causales, permiten relacionar los daños con la omisión estatal y luego imputarlos y atribuirlos”.

Finalmente, confirmamos que es un tema complejo y sumamente debatido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Intentamos, a través de este trabajo, sistematizar y aportar algunos elementos a esta discusión que, sin duda, nos deparará nuevos capítulos.

¹⁶ Fallo CNACAF – Sala IV, “Sykes, Violeta y otras c/ Banco Central de la República Argentina” (1985).

¹⁷ Fallo CSJ Mendoza, “Torres, Francisco v. Provincia de Mendoza” (1989).

¹⁸ Fallo CNACAF – Sala IV, “Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ Acción de Amparo” (1998)

7.- Bibliografía

ALTAMIRA GIGENA, J. (2005). *Lecciones de Derecho Administrativo*. 1º edición. Advocatus. Córdoba, Argentina.

ÁVALOS, E., BUTELER, A. y MASSIMINO, L. (2016). *Derecho Administrativo*. Tomo I. 2º edición actualizada. Alveroni Ediciones. Córdoba, Argentina.

BALBÍN, C. (2020). *Manual de Derecho Administrativo*. 4º edición actualizada y ampliada. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina.

CANDA, F. (2016). *Control Judicial de la Responsabilidad del Estado por Omisión. Pautas Jurisprudenciales para una interpretación de la ley 26.944*, en ALONSO REGUEIRA, E. (dir.), *El Control de la Actividad Estatal*. II. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Buenos Aires, Argentina.

COMADIRA, J., ESCOLA, H. y COMADIRA, J. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

COMADIRA, J. (2012). *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*. Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy/>. Montevideo, Uruguay.

CUADROS, O. (2018). *Responsabilidad por daños y Estado*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

MASSIMINO, L. (2013). *La dignidad de la persona como principio del derecho público*. XXXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo-AADA. RAP. Córdoba, Argentina.

PIZARRO, R. y VALLESPINOS G. (2020) *Manual de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina.

RAMOS MARTÍNEZ, M. F. (2019). *Responsabilidad del Estado por omisión*. Astrea. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

SESIN, D. (2009) *Responsabilidad del Estado por omisión*. XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo-AADA. RAP. Buenos Aires, Argentina.